

Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)

Bemerkungen zu BGE 114 II 152 ff.

Prof. Dr. iur. Peter Gauch
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: *recht* 1989/4, S 122 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Rubrum zu BGE 114 II 152 ff:

„Tritt eine Partei wegen Verzuges der andern von einem zweiseitigen Vertrag zurück, so verjährt nicht nur ihre Schadenersatzforderung, sondern auch ihr Anspruch auf Rückgabe des Geleisteten erst mit Ablauf von zehn Jahren.“

I. Die Fragestellung

1. [122] Wer infolge Schuldnerverzuges vom Vertrag zurücktritt (Art. 107 Abs. 2 OR), der kann nach *Art. 109 Abs. 1 OR* „die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern“. Überdies hat er nach *Art. 109 Abs. 2 OR* „Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zu Last falle“.

Ein Rückforderungsanspruch für bereits erbrachte Leistungen steht, wenn der Verzugsgläubiger den Rücktritt erklärt, auch seiner Gegenpartei (dem Verzugsschuldner) zu, obwohl Art. 109 Abs. 1 OR dies nicht ausdrücklich sagt. Im Urteil aber, das vorliegend besprochen wird, geht es nur um den Rückerstattungsanspruch des Verzugsgläubigers. Und zwar geht es einzig um die Rechtsfrage, innert welcher Frist dieser Anspruch des Zurücktretenden verjährt, weshalb auf die Wiedergabe des Sachverhaltes verzichtet werden kann.

2. Die Frage, innert welcher Frist die Rückforderung nach Art. 109 Abs. 1 OR verjährt, ist umstritten.

- a. Das *Bundesgericht* vertritt seit BGE 60 II 27 ff. die Ansicht, dass die erwähnte Forderung (gleich wie der Schadenersatzanspruch des Art. 109 Abs. 2 OR) der ordentlichen (zehnjährigen) Verjährung des Art. 127 OR untersteht, obwohl die bereits vollzogene Leistung nach erfolgtem Rücktritt als grundlos erscheine (Art. 62 Abs. 2 OR)¹. Gegen die Anwendung des bereicherungsrechtlichen Art. 67 Abs. 1 OR spreche schon der Umstand, dass Art. 109 Abs. 1 OR nicht einfach auf das Bereicherungsrecht verweise, sondern einen selbständigen gesetzlichen Rückerstattungsanspruch gewähre. Zudem sei nicht einzusehen, warum für die Rückforderung (Art. 109 Abs. 1 OR) eine andere Verjährung gelten sollte als für den Schadenersatzanspruch des Art. 109 Abs. 2 OR.

¹ Vgl. auch BGE 61 II 256 f. und 63 II 258.

Wie dieser beruhe auch sie mittelbar auf einem vertragswidrigen Benehmen des Schuldners, was die Anwendung des Art. 127 OR rechtfertige. Der durch Rücktritt aufgehobene Schuldvertrag behalte somit „eine auf Rückgängigmachung seiner bisherigen Wirkungen gerichtete Wirkungskraft“ (*Gierke*, Deutsches Privatrecht III, S. 308). Die Bereicherungsgrundsätze seien nur zur Berechnung der Rückforderung heranzuziehen, und bei einer Sachleistung nur dann, wenn die geleistete Sache nicht mehr zurückgegeben werden könne.

- b. Die herrschende *Lehre* hat sich dieser Rechtsprechung, zumindest im Ergebnis, angeschlossen². Eine andere Lehrmeinung aber steht auf dem Standpunkt, die Rückforderung nach Art. 109 Abs. 1 OR unterliege als Bereicherungsanspruch der einjährigen Verjährung des Art. 67 Abs. 1 OR³. Einige Autoren finden ausserdem, mit dem Rücktritt entfalle auch der Erwerbsgrund für allfällige Eigentumsübertragungen, weshalb insoweit ein (unverjährbarer) dinglicher Rückerstattungsanspruch vorliege⁴.

II. Die Stellungnahme in BGE 114 II 152 ff.

1. In *BGE 114 II 152 ff.* nimmt das Bundesgericht die Verjährungsfrage nochmals auf, wohl angeregt durch das detailliert begründete [123] Urteil der Vorinstanz (Luzerner Obergericht)⁵. In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung hält das Gericht am Grundsatz fest, dass der Rückforderungsanspruch des Art. 109 Abs. 1 OR der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 127 OR untersteht. Zur Begründung allerdings bringt es einen *neuen Gesichtspunkt* ins Spiel. Gleich wie schon die Vorinstanz⁶, von der das Bundesgericht auf die Schwächen seiner bisherigen Argumente hingewiesen wird⁷, betrachtet es jetzt auch den Rückforderungsanspruch des Art. 109 Abs. 1 OR als Anspruch aus Vertrag. Und dazu führt es (auf S. 157 ff.) aus⁸:

² Das Bundesgericht zitiert in BGE 114 II 155: BECKER, N 4 zu Art. 109 OR; von BÜREN, OR AT, S. 380 Anm. 82; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, S. 494/95; von TUHR/PETER, S. 493/94; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 228; BUCHER, OR AT, 1. Aufl. S. 336/37; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Nr. 1158; GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 1184 ff.; GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 1057 ff.

³ Das Bundesgericht zitiert in BGE 114 II 156: SPIRO (Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, S. 719 f.); KELLER/SCHÖBI I, 3. Aufl., S. 278; von TUHR/SIEGWART, S. 598 Anm. 100; von TUHR/ESCHER, S. 156 Anm. 100.

⁴ Das Bundesgericht zitiert in BGE 114 II 157: KELLER/SCHÖBI I, 3. Aufl., S. 278; KELLER/SCHAUFELBERGER III, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 10 f. mit Verweisungen.

⁵ OGr. LU, LGVE 1987 I, Nr. 14, S. 33 ff. Das Urteil ist in jeder Beziehung „lehrreich“ und auch für den Dogmatiker „lesenswert“. Durch die umfassende (fast „lehrbuchmässige“) Behandlung des rechtlichen Fragenkomplexes liegt es ganz auf der Linie, die das Luzerner Obergericht neuerdings einzuschlagen scheint (vgl. z.B. schon LGVE 1985 I, Nr. 11 = *recht* 1987, S. 24). Bei der Qualität des Gebotenen mag für einmal die Frage unterbleiben, wie weit die Gerichte über die konkrete Fallentscheidung hinausgehen und sich der Dogmatik bemächtigen sollen (darüber WIEGAND, *recht* 1989, S. 103).

⁶ OGr. LU, LGVE 1987 I, Nr. 14, S. 39.

⁷ OGr. LU, LGVE 1987 I, Nr. 14, S. 34 ff., mit hervorragend-kritischer Analyse.

⁸ Die Auszeichnungen in den wörtlichen Zitaten stammen vom Verfasser der Besprechung.

2. „Eine *neuere Lehrmeinung*⁹, die sich auch in Deutschland durchsetzt“, geht entgegen der bisher herrschenden Ansicht in der Schweiz¹⁰ „davon aus, dass der Rücktritt bloss zu einer inhaltlichen Umgestaltung des Vertrages führt, der zunächst samt den Pflichten, das Erhaltene entweder in natura oder wertmässig zurückzuerstatten, als Abwicklungs- oder Liquidationsverhältnis fortbesteht; nach ihr handelt es sich dabei weder um Pflichten aus ungerechtfertigter Bereicherung noch um sachenrechtliche Herausgabepflichten, sondern um solche vertraglicher Natur, mit deren Erfüllung der vorvertragliche Zustand wiederhergestellt werde“.

Diese *neuere Lehre verdient den Vorzug*. „Sie ist auch sachlich gerechtfertigt, weil sie ohne Fiktion einer Rückwirkung auskommt und die Auseinandersetzung zwischen den Vertragsschliessenden erleichtert, ihnen insbesondere die Möglichkeit verschafft, den Schadenersatz- und den Rückerstattungsanspruch nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln¹¹. Die Tatsache, dass ein Vertrag geschlossen und vom Schuldner nicht erfüllt worden ist, kann so oder anders nicht als ungeschehen bezeichnet werden. Es ist daher nicht abwegig, dass der Gesetzgeber die Wirkungen des Rücktritts nicht so gestaltet hat, als ob nie ein Vertrag geschlossen worden wäre“.

Anders als in BGE 60 II 28 angenommen, lässt sich somit nicht sagen, „eine bereits erbrachte Leistung erscheine nach dem Rücktritt als grundlos im Sinne des von Art. 62 Abs. 2 OR“. „Richtig ist vielmehr, dass durch den Rücktritt obligatorische Rückleistungspflichten begründet werden, welche die Rückabwicklung des Vertrages durch Erfüllung Zug um Zug erst ermöglichen. Der Wortlaut von Art. 109 Abs. 2 OR steht dem nicht entgegen. Die Annahme, der Vertrag werde rückwirkend aufgehoben, erweist sich auch diesfalls als Fiktion; denn ein Vertrag, der nicht besteht, kann weder verletzt sein noch einen Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses erzeugen“¹². Dass jedoch der Ersatzanspruch des Art. 109 Abs. 2 OR auf der „Verletzung einer vertraglichen Pflicht beruht“ und „in zehn Jahren verjährt“, ist längst allgemein anerkannt¹³.

3. „Ist in Übereinstimmung mit der neueren Lehre aber davon auszugehen, das Vertragsverhältnis werde bei Rücktritt wegen Schuldnerverzuges inhaltlich in ein Liquidationsverhältnis umgewandelt, also nicht schlechthin aufgehoben, so bleibt es ... dabei, dass *beide Ansprüche aus Art 109 OR als vertraglich anzusehen* sind und daher der allgemeinen Verjährungsvorschrift unterstehen“. „Damit ist der Auffassung“, die „in der Rückforderung

⁹ Zitiert werden: GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 1187 ff. mit dort enthaltenen Hinweisen (BUCHER, 1. Aufl., S. 337 f. und WOLF, Lehrbuch des Schuldrechts I, S. 315 ff.); PIOTET, La restitution après résolution du contrat, in: Baurecht 1984, S. 12.

Vgl. ausserdem auch: WIEGAND, *recht* 1984, S. 13 ff.; BUCHER, OR AT, 2. Aufl., S. 378; GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, S. 207 ff.; KOLLER, Baurecht 1984, S. 65, Anm. 18; SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzuges im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg 1988, S. 262 ff. Deutschland: LESER, Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975, S. 157 ff.; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts I, 14. Aufl., München 1987, S. 403; ESER/SCHMIDT, Schuldrecht I, 6. Aufl., Heidelberg 1984, S. 280 f. Ausdrücklich ablehnend: KELLER/SCHÖBI I, 3. Aufl., S. 277.

¹⁰ Zitiert werden: a) OSER/SCHÖNENBERGER, N 4 zu Art. 109 OR; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 198 und 272/73; VON TUHR/SIEGWART, S. 598; VON TUHR/ESCHER, S. 156. Diese Autoren vertreten die Ansicht, der Rückerstattungsanspruch sei ein Bereicherungsanspruch, weil der Rücktritt den Vertrag ex tunc beseitige. b) KELLER/SCHÖBI I, 3. Aufl., S. 278, und KELLER/SCHAUFELBERGER III, S. 10 f., die mit dem Rücktritt auch den Erwerbsgrund für allfällige Eigentumsübertragungen dahinfallen lassen.

¹¹ Zitiert wird: WIEGAND, *recht* 1984, S. 13 ff.

¹² Zitiert wird: GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 1187 und 1188a.

¹³ Zitiert werden: BGE 60 II 257 und 60 II 28.

des Geleisteten bloss einen Anwendungsfall des Art. 62 Abs. 2 OR erblicken will¹⁴, der Boden entzogen, ganz abgesehen davon, dass es sich dabei um einen gesetzlichen Anspruch handelt. Dadurch unterscheidet Art. 109 Abs. 1 OR sich denn auch deutlich von Art. 119 Abs. 2 OR, [124] wo statt dessen ausdrücklich von einer Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung die Rede ist“. „Ob selbst nach Art. 119 Abs. 2 OR die zehnjährige Verjährung am Platze wäre, wie das Obergericht ... anzunehmen scheint, ist vorliegend nicht zu prüfen“.

III. Kommentar

1. Nach *Art. 67 Abs. 1 OR* verjährt der Bereicherungsanspruch mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat (relative Verjährung), in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (absolute Verjährung). Nach der allgemeinen Verjährungsbestimmung des *Art. 127 OR* gilt dagegen eine (einzige) zehnjährige Frist, die (unter Vorbehalt des Art. 130 Abs. 2 OR) mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen beginnt (Art. 130 Abs. 1 OR). Eine relative Verjährungsfrist (ein Jahr ab Kenntnis des Anspruchs) ist Art. 127 OR unbekannt.

Der Verjährung unterliegen auch die Rückforderungen, die aus einem Rücktritt entstehen, wenn vor dem Rücktritt bereits geleistet wurde (Art. 109 Abs. 1 OR). In langjähriger Rechtsprechung (seit BGE 60 II 27 ff.) hat das Bundesgericht die Rückforderung des Zurücktretenden der allgemeinen Verjährungsbestimmung des Art 127 OR (nicht Art. 67 Abs. 1 OR) unterstellt. In BGE 114 II 152 ff. hält das Gericht an seiner Rechtsprechung fest.

2. Bemerkenswert an diesem Urteil (BGE 114 II 152 ff.) ist, dass das Bundesgericht die *Wirkung des Rücktritts* (Art. 109 OR) jetzt ausdrücklich (und entgegen der bisherigen Rechtsprechung) nach der „neueren Lehrmeinung“ beurteilt.

Die „neueren Lehrmeinung“¹⁵, der das Bundesgericht folgt, bezeichne ich hier als "*Umwandlungstheorie*". Sie lehnt die traditionelle Vorstellung ab, wonach der Rücktritt den Vertrag samt Forderungen und Schulden rückwirkend beseitigt, als hätte er nie bestanden. Der Rücktritt führt (nach dieser Theorie) vielmehr zu einer *inhaltlichen Umgestaltung des Vertragsverhältnisses*, das zunächst als vertragliches Abwicklungsverhältnis (Liquidationsverhältnis) fortbesteht. Zwar lässt er (gleich wie eine Kündigung) unerfüllte Leistungspflichten für die Zukunft untergehen. Soweit indes geleistet wurde, verpflichtet der Rücktritt (im Unterschied zur Kündigung)¹⁶ jede Partei, das Erhaltene in natura oder (wo die Rückgabe in natura ausgeschlossen ist) wertmässig zurückzugeben¹⁷. Die betreffenden Rückleistungspflichten, die den Kern des Abwicklungsverhältnisses ausmachen, sind vertraglicher Natur¹⁸. Erst durch ihre Erfüllung wird der vorvertragliche Zustand (der „status quo ante“) hergestellt, auf den der Rücktritt abzielt. Bei Dauerverträgen kann die Pflicht

¹⁴ Zitiert wird: SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, S. 716 ff. (S. 719).

¹⁵ Vgl. darüber und zum Folgenden: GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 1187 ff., mit weiteren Hinweisen.

¹⁶ In der Sprache des Gesetzes wird der Unterschied bisweilen verwischt, indem verschiedene Bestimmungen (z.B. Art. 269, 291 und 377 OR) von „Rücktritt“ sprechen, obwohl damit in Wirklichkeit eine Kündigung gemeint ist.

¹⁷ Zu den Einzelheiten beim Schuldnerverzug vgl. SCHENKER, a.a.O., S. 264 ff.

¹⁸ In ihnen äussert sich die rückwirkende Kraft des Rücktritts (die „Wirkung ex tunc“).

der Parteien zur Rückgabe des Erhaltenen entfallen, weshalb dann der Rücktritt als Kündigung wirkt¹⁹.

Durch die *Übernahme der "Umwandlungstheorie"* stellt das Bundesgericht einerseits seine bisherige Rechtsprechung, was die Verjährung der Rückforderung (Art. 109 Abs. 1 OR) betrifft, „dogmatisch“ auf eine veränderte Grundlage. Andererseits macht es klar, dass der Rückforderungsanspruch des Art. 109 Abs. 1 OR immer ein obligatorischer (kein dinglicher) Anspruch ist, der sich zudem, als vertraglicher Anspruch, den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) entzieht²⁰.

3. Die Anerkennung durch das Bundesgericht rechtfertigt es, dass wir uns mit der „Umwandlungstheorie“ etwas näher befassen. Deren *Grundaussage* besteht (wie schon erwähnt) darin, dass der Vertrag sich durch den Rücktritt inhaltlich umgestaltet, indem er zunächst als vertragliches Abwicklungsverhältnis fortbesteht. Diese Aussage ist nun aber nicht als Schilderung eines „mechanischen“ Vorganges zu verstehen, sondern nur als verkürzte (bildhafte) Umschreibung der Rechtslage, wie sie durch einen Vertragsrücktritt entsteht. Insofern verhält es sich gleich wie mit dem traditionellen Lehrsatz, wonach der Vertrag durch den Rücktritt beseitigt wird, als hätte er nie bestanden. Auch diese Vorstellung, die den Vertrag [125] ins „rechtliche Nichts“ zurückverschwinden lässt, ist letztlich ein Bild, weil der einmal zustandegekommene Vertrag für die Vergangenheit zwar „weggedacht“, jedoch nicht mehr „beseitigt“ werden kann.

Im Unterschied zur traditionellen Vorstellung verkörpert nun aber *das Bild vom "inhaltlich umgestalteten Vertrag"* die Rechtsidee, dass die durch den Rücktritt entstandenen Beziehungen der Vertragsparteien insgesamt den Regeln des Vertragsrechts unterstehen, auch was die Ansprüche und Pflichten auf Rückgabe des Geleisteten betrifft. Diese Idee, die unter anderem besagt, dass die Rückerstattungsansprüche (ohne Ausnahme) obligatorischer Natur sind²¹, ist nicht ganz neu. Im Ansatz jedenfalls klingt sie schon in der früheren Aussage des Bundesgerichtes an, wonach der aufgehobene Schuldvertrag „eine auf Rückgängigmachung seiner bisherigen Wirkungen gerichtete Wirkungskraft“ behält (BGE 60 II 29).

4. Wird die „Umwandlungstheorie“ im umschriebenem Sinne verstanden, so sind die folgenden *Feststellungen* erlaubt:

- a. Der Vorwurf, es handle sich bei der neuen Theorie um eine *"überflüssige begriffsjuristische Konstruktion"*²², geht fehl. Denn „überflüssig“ ist die „Umwandlungstheorie“ so wenig wie jede andere Aussage über Gestaltung und Inhalt einer bestimmten Rechtslage. Und eine „begriffsjuristische Konstruktion“ ist sie schon deshalb nicht, weil sie keine Rechtswirkungen aus irgendwelchen Begriffen herleitet. Insbesondere

¹⁹ Zu dieser Frage (BGE 114 II 158), die hier nicht weiter erörtert wird, vgl. etwa: BUCHER, 2. Aufl., S. 384 f.; GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, S. 209 ff.; KELLER/SCHÖBI, I, 3. Aufl. S. 278 und S. 311; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 565 zu Art. 1 OR a.E.; SCHENKER, a.a.O., S. 305 ff. Hinsichtlich des Werkvertrages, der zwar kein Dauervertrag ist, beachte GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 488 ff. und Nr. 867.

²⁰ Die Bereicherungsregeln kommen auch nicht alternativ zur Anwendung, da vertragliche Forderungen (wie das Bundesgericht auf S. 159 feststellt) den allgemeinen Bereicherungsansprüchen vorgehen.

²¹ Das Eigentum an übertragenen Sachen und übertragene Forderungen fallen demnach nicht ipso iure an den vormals Berechtigten zurück, was namentlich auch bedeutsam wird, wenn der Rücktrittsgegner in Konkurs gerät.

²² GIGER, N 7 zu Art. 208 OR, mit Bezug auf die Wandelung und die deutsche Doktrin.

sieht sie den Grund für die Entstehung vertraglicher Rückleistungspflichten *nicht darin*, dass der Vertrag sich durch den Rücktritt „inhaltlich umgestaltet“²³. Vielmehr verwendet sie das Bild vom „inhaltlich umgestalteten Vertrag“, *weil* die durch den Rücktritt entstandenen Rückleistungspflichten obligatorische Vertragspflichten *sind*, mit denen sich der Zweck des fortbestehenden Vertrages auf die Rückabwicklung richtet.

- b. Wer die „Umwandlungstheorie“ *ablehnt*, der muss deren *Aussage* widerlegen. Er muss erklären, warum das durch den Vertragsabschluss begründete Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, kaum ist ein Rücktritt erfolgt, nicht mehr (oder nur noch zum Teil) dem Vertragsrecht unterstehen soll.

Dass etwa die Rückleistungspflichten nicht zum *vereinbarten* Vertragsinhalt gehören, bildet keinen Grund, sie den Regeln des Vertragsrechts zu entziehen²⁴. Denn abgesehen davon, dass dies nur für den Normalfall zutrifft²⁵, gibt es bekanntlich zahlreiche Vertragspflichten (z.B. vertragliche Schadenersatzpflichten), die das Vereinbarte kraft gesetzlicher Anordnung ergänzen oder dem Vereinbarten (als zwingendes Recht) vorgehen²⁶. Dazu kommt, dass der Vertrag mit der Anerkennung des „normativen Konsenses“²⁷ sich ohnehin vom übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien entfernt hat, was aber (genau betrachtet) nichts anderes bedeutet, als dass ein Vertragsverhältnis schon von Anfang an auf „Gesetz“ beruhen kann²⁸. Bei rechtzeitig angenommener Offerte lässt das „Gesetz“ ein Vertragsverhältnis sogar dann entstehen, wenn der Offerent (der an seine Offerte gebunden ist) noch vor der Annahme erklärt, den Vertrag doch nicht abschliessen zu wollen²⁹. Warum auf diesem Hintergrund nicht auch die gesetzlich vorgesehenen Rückleistungspflichten „vertraglicher Natur“ sein sollten, ist schwer einzusehen.

- c. Möglich wäre allerdings, dass die „Umwandlungstheorie“ dem positiv geltenden [126] Gesetzesrecht widerspräche. Für den Rücktritt aus Schuldnerverzug wird in der Tat denn auch eingewendet, die Theorie sei *mit Art. 109 Abs. 2 OR unvereinbar*, weil dort (erstens) vom „Dahinfallen des Vertrages“ die Rede ist³⁰ und sich (zweitens) der dar-

²³ Das schliesst allerdings nicht aus, dass bei der Präsentation der „Umwandlungstheorie“ bisweilen *gegenteilige* Formulierungen verwendet werden, sei es unbedacht oder im Bestreben, die Theorie mit einem einprägsamen (wenn auch ungenauen) Merksatz zu kennzeichnen.

²⁴ Vgl. *OGr. LU*, LGVE 1987 I, Nr. 14, S. 38; PIOTET, Baurecht 1984, S. 12. Anders: KELLER/SCHÖBI I, 3. Aufl. S. 277, wo gesagt wird, dass „für eine vertragliche Grundlage der Rückgabepflichten die notwendige Voraussetzung der übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärungen der Parteien“ fehle, weil sich „der Wille der Parteien ... auf den Abschluss eines Vertrages ..., nicht auf dessen Rückabwicklung bei Nichterfüllung gerichtet“ habe.

²⁵ Im Einzelfall ist durchaus möglich, dass die Parteien über den Rücktritt und die daraus fliessenden Rückleistungspflichten eine Vereinbarung getroffen haben.

²⁶ Das allein schon widerlegt die immer noch nachwirkende Idee, dass die Aufgabe des Vertragsrechts nur darin bestehe, den Vertragswillen zu verwirklichen.

²⁷ Der „*normative Konsens*“ (KRAMER, N 126 ff. zu Art. 1 OR) wird durch Anwendung des Vertrauensprinzips ermittelt (vgl. GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 296).

²⁸ Das ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 OR, der für das Vertragserfordernis der „übereinstimmenden Willensäusserungen“ grundsätzlich einen „*normativen Konsens*“ genügen lässt. Auf den erklärten wirklichen Willen der Parteien kommt es für das Vorliegen „übereinstimmender Willensäusserungen“ nur (aber immerhin) insoweit an, als feststeht, dass die eine Partei die andere tatsächlich richtig verstanden hat (GAUCH/SCHLUEP, Nr. 286).

²⁹ Zu den Ausnahmefällen, in denen ein Widerruf wirksam ist, vgl. Art. 9 OR.

³⁰ KELLER/SCHAUFELBERGER III, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 11; KELLER/SCHÖBI I, 3. Aufl., S. 277.

aus entstehende Schadenersatzanspruch auf Ersatz des negativen Interesses richtet³¹. Zu überzeugen vermag jedoch weder das eine noch das andere dieser Argumente. Denn einerseits kann ein Vertrag (wenn es auf den Wortlaut ankommt) auch in *der* Weise „dahinfallen“, dass unerfüllte Leistungspflichten für die Zukunft erlöschen und (soweit geleistet wurde) vertragliche Rückleistungspflichten entstehen³². Und andererseits besteht kein Hindernis, Ersatz des *negativen* Vertragsinteresses zuzusprechen, wenn der Vertrag gerade *so* (und nicht anders) „dahinfällt“³³. Denn auch *so* ist möglich, dass der Ersatzanspruch des Art. 109 Abs. 2 OR nur die Abschlusskosten und den übrigen Vertrauensschaden erfasst, der dem Zurücktretenden entstanden ist, „weil er auf die richtige Erfüllung des Vertrages vertraut hat“³⁴.

5. Aber auch sonst gibt es *keinen Grund*, der es (etwa vom Ergebnis her) rechtfertigt, das durch den Rücktritt begründete Rückleistungsverhältnis aus seiner Einbindung in die Vertragsbeziehung der Parteien zu lösen, um es dem Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR) zu unterwerfen oder allenfalls sogar dingliche Herausgabeansprüche (Art. 641 Abs. 2 ZGB) aufleben zu lassen.

Deshalb ist es nur *zu begrüssen, dass das Bundesgericht jetzt den Schritt getan und sich auf den Boden der "Umwandlungstheorie" gestellt hat*³⁵. Diese Lösung erlaubt es, alle durch den Rücktritt begründeten Rückleistungsansprüche³⁶ nach den gleichen (vertragsrechtlichen) Regeln zu beurteilen, insbesondere aber zwanglos zu erklären, weshalb sie nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 127 OR verjähren³⁷. Zudem wird klargestellt, dass die volle Leistung (unbeeinflusst von Art. 64 OR) zurückgefordert werden kann, was

³¹ KELLER/SCHÖBI I, 3. Aufl., S. 277. Dass Art. 109 Abs. 2 OR zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses (nicht des Erfüllungsinteresses) verpflichtet, ist praktisch unbestritten und ergibt sich schon aus den Materialien (vgl. die Nachweise bei SCHENKER, a.a.O., S. 259).

³² Dass das Gesetz den Ausdruck in anderen Bestimmungen (Art. 26 Abs. 1 und Art. 39 Abs. 1 OR) in einem abweichenden Sinne verwendet, vermag daran nichts zu ändern. Vgl. zum Ganzen bereits GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 1188a; ebenso: SCHENKER, a.a.O., S. 263; zum französischen Wortlaut des Art. 109 Abs. 1 OR vgl. PIOTET, Baurecht 1984, S. 11. Auch das Bundesgericht befasst sich mit dem sprachlichen Argument, um es zu verwerfen (BGE 114 II 158: „Der Wortlaut des Art. 109 Abs. 2 OR steht dem nicht entgegen“).

³³ Vgl. SCHENKER, a.a.O., S. 263 f.; PIOTET, Baurecht 1984, S. 12. SCHENKER betont unter anderem zu Recht, dass es nicht angeht, „mit rechtslogischen Argumenten ableiten zu wollen, der Vertrag habe gar nie bestanden, weil das Gesetz“ auf Grund einer rechtspolitischen Entscheidung „die Befriedigung des negativen Interesses anordnet“.

³⁴ KELLER/SCHÖBI I, 3. Aufl., S. 279. Über die Schadensberechnung, die typischen Schadensposten des negativen Vertragsinteresses und das Verhältnis zum Verspätungsschaden, vgl. im einzelnen SCHENKER, a.a.O., S. 279 ff.

³⁵ Nachdem ich selber zu den Vertretern der „Umwandlungstheorie“ gehöre, vermag ich ein entsprechendes (positives) „Vorurteil“ natürlich nicht in Abrede zu stellen. Doch gibt es kaum einen schweizerischen Vertragsrechtler, der diesbezüglich „vorurteilslos“ ist, indem er sich *vor* BGE 114 II 152 ff. noch kein Urteil über Wirkung des Rücktritts gemacht hätte.

³⁶ Gleichgültig, ob die Rückgabe einer Sach- oder andern Leistung in Frage steht.

³⁷ Das früher verwendete Argument, dass die vollzogene Leistung nach erfolgtem Rücktritt zwar als *grundlos* erscheine, der Rückforderungsanspruch des Art. 109 Abs. 1 OR aber doch nicht der Verjährungsregel des Art. 67 Abs. 1 OR unterstehe, weil es sich um einen *selbständigen gesetzlichen Anspruch* handle (BGE 60 II 28), vermochte dagegen nur schwer zu überzeugen. Damit wurde auf einen Widerspruch hingewiesen, ohne ihn aber materiell zu lösen; denn die Berufung auf einen „selbständigen gesetzlichen Anspruch“ wiederholt (in andere Worte gekleidet) nichts anderes als die vorangestellte Behauptung, das Bereicherungsrecht sei nicht anwendbar.

im Falle eines Rücktritts angemessen und von der Sache her gefordert ist³⁸. Im übrigen entfällt der innere Widerspruch, in den ein jeder gerät, der den aufgehobenen Vertrag (gedanklich) ex tunc dahinfallen lässt, wie wenn er nie bestanden hätte, andererseits aber doch wieder (zu Recht³⁹) annimmt, die Schadenersatzpflicht des Art. 109 Abs. 2 OR beruhe auf Vertragsverletzung⁴⁰. Und schliesslich bleibt kein Raum für irgendwelche Zweifel, dass vertragliche Schutz- und Treuepflichten auch den Vertragsrücktritt überdauern, indem sie insbesondere das Rückleistungsverhältnis beherrschen.

Inwieweit der Schritt, den das Bundesgericht getan hat, sich auf die *künftige Rechtsprechung* auswirkt, ist abzuwarten. Schon jetzt wird etwa die Frage gestellt, ob fortan nicht auch die Rückgewähr bei nichtigen (Art. 20 OR) und einseitig unverbindlichen Verträgen (z.B. Art. 23 OR) nach Vertragsrecht abzuwickeln wäre⁴¹. Das indes erscheint mir (bei allem [127] Wunsch nach „einheitlichen Lösungen“) als eine Vision, die sich mit Rücksicht auf die Ungültigkeit⁴² der betreffenden Verträge nicht leicht verwirklichen lässt⁴³. Sicher aber ist, dass das Bundesgericht, wenn es seine neue Rechtsprechung konsequent weiterführt, auch die *vertraglich-obligatorische* Natur von Rückleistungsansprüchen anerkennen muss, die aus der Wandlung eines Kauf- oder Werkvertrages fliessen (Art. 205 Abs. 1, 208 OR und Art. 368 Abs. 1 OR). Demgegenüber wurde noch in BGE 109 II 30 angenommen, das Eigentum an der übereigneten Kaufsache falle mit der Wandelung des Kaufvertrages ohne weiteres an den früheren Eigentümer zurück⁴⁴.

6. Schwieriger zu beantworten ist die (vom Bundesgericht offengelassene) Frage, wie es sich mit dem *Rückforderungsanspruch nach Art. 119 Abs. 2 OR* verhält. Dieser Anspruch

³⁸ OGr. LU, LGVE 1987 I, Nr. 14, S. 37 f.; BUCHER, OR AT, 2. Aufl., S. 377; SCHENKER, a.a.O., S. 272 ff.

³⁹ BGE 114 II 158; 60 II 257; 60 II 28.

⁴⁰ Wollte man mit der Vorstellung, der Vertrag habe nach erklärtem Rücktritt nie bestanden, wirklich ernst machen, so wäre die Schadenersatzhaftung aus Art. 109 Abs. 2 OR (trotz umgekehrter Beweislast für das Verschulden!) eine Deliktshaftung. Ausserdem müssten auch Körper- und andere Schäden, die eine Partei durch eine empfangene Schlechtleistung erlitten hat (vgl. SCHENKER, a.a.O., S. 284), ausschliesslich nach Deliktsrecht (Art. 41 ff. OR) beurteilt werden.

⁴¹ OGr. LU, LGVE 1987 I, Nr. 14, S. 40; WIEGAND, *recht* 1989, S. 110 f. (für den Fall der einseitigen Unverbindlichkeit).

⁴² Zur Anerkennung der „*Ungültigkeitstheorie*“ für einseitig unverbindliche Verträge: BGE 114 II 142 ff.; zustimmend: GAUCH, SAG 1989, Heft 3, Urteilsbesprechung; ablehnend: WIEGAND, *recht* 1989, S. 110 f., der nach wie vor für die „*Anfechtungstheorie*“ eintritt, nicht zuletzt auch deswegen, um den Weg für eine vertragsrechtliche Rückabwicklung offen zu halten.

⁴³ Vorausgesetzt wäre, dass man dem ungültigen (nichtigen oder einseitig unverbindlichen) Vertrag, sobald daraus geleistet wurde, eine auf die Rückabwicklung gerichtete Vertragswirkung zubilligen (die Ungültigkeit also insofern einschränken) würde. Dies wäre, wenn man die Ungültigkeit nach ihren Wirkungen (nicht umgekehrt) definiert, zwar nicht „rechtslogisch“ ausgeschlossen, widerspräche aber dem bisherigen Verständnis ungültiger Verträge. Zu dieser Schwierigkeit käme eine weitere. Man müsste sich überlegen, wie sich vertraglich-obligatorische Rückerstattungsansprüche bei ungültigen Verträgen mit der „*kausalen Natur*“ von Eigentumsübertragungen vereinbaren liessen.

Wer an der „*Anfechtungstheorie*“ festhält, dem würde bei einseitig unverbindlichen Verträgen die Annahme eines vertraglichen Abwicklungsverhältnisses zwar leichter fallen (vgl. WIEGAND, *recht* 1989, S. 110 f.). Doch entspricht der Inhalt dieser Theorie nicht dem Willen des Gesetzgebers (BGE 114 II 143). Und ausserdem verbliebe dann immer noch der Fall der Vertragsnichtigkeit, den es ebenfalls zu lösen gälte, um (auf der Suche nach einem „*einheitlichen*“ Konzept) nicht auf halbem Wege stehen zu bleiben.

⁴⁴ Kritisch: PIOTET, Baurecht 1984, S. 10 ff.; GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 1059.

wird gemeinhin dem Bereicherungsrecht unterstellt⁴⁵. Das entspricht zwar dem Wortlaut des Art. 119 Abs. 2 OR, der bei nachträglicher Leistungsunmöglichkeit den freigewordenen Schuldner (für die bereits empfangene Gegenleistung) ausdrücklich „aus ungerechtfertigter Bereicherung“ haften lässt. Von der Sache her gäbe es aber auch hier gute Gründe, die für eine vertragliche Natur des Rückerstattungsanspruchs sprechen würden⁴⁶. Denn:

Nach Art. 119 Abs. 1 OR hat der Eintritt einer Leistungsunmöglichkeit, die der Schuldner nicht vertreten muss, lediglich zur Folge, dass die *Forderung des Gläubigers* auf die unmöglich gewordene Leistung (nicht der ganze Vertrag!) als erloschen gilt. Und in der Rückleistungspflicht des freigewordenen Schuldners (Art. 119 Abs. 2 OR) äussert sich nur die vertragliche Vergütungsgefahr, die das Gesetz dem Freigewordenen überbindet⁴⁷, was mit dem Austauschcharakter synallagmatischer Verträge im Einklang steht⁴⁸. Dieser Rechtslage aber entspräche es, wenn *Vertragsrecht* zur Anwendung käme⁴⁹. Die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung passen dagegen schlecht. Das gilt namentlich für die Bestimmung des Art. 64 OR, die den Rückerstattungsanspruch gegenüber dem Gutgläubigen entfallen lässt, soweit dieser zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist⁵⁰.

Ob solche Überlegungen überwiegen oder hinter den Wortlaut des Gesetzes zurückzutreten haben, *darin* besteht die kritische Frage. Den Ausschlag gibt die rechtliche Bedeutung, die der gesetzliche Verweis auf die „ungerechtfertigte Bereicherung“ in Art. 119 Abs. 2 OR hat. Bei zweckmässiger Auslegung des Art. 119 Abs. 2 OR käme man vielleicht zum Ergebnis, der Verweis richte sich nur auf den Ausschluss „dinglicher Herausgabeansprüche“, also nicht darauf, die Regeln des Bereicherungsrechts zu aktivieren⁵¹. Jedenfalls aber steht fest, dass die Rückleistungsforderung des Gläubigers, vom Tatbestand und ihrem Wesen her, schon deshalb kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist⁵², weil der Rechtsgrund (die „causa“) der von ihm erbrachten Leistung im Vertragsverhältnis [128] liegt⁵³, das bestanden hat und durch den Eintritt der Leistungsunmöglichkeit nicht

⁴⁵ Statt vieler: SPIRO, a.a.O., S. 717 f. und S. 719 f.; VON TUHR/ESCHER, S. 133 f.; GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 1967 f.; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 24 ; OSER/SCHÖNENBERGER, N 19 zu Art. 119 OR; KELLER/SCHÖBI I, 3. Aufl. S. 252 (die für übereignete Sachen sogar einen dinglichen Herausgabeanspruch postulieren).

GAUCH/SCHLUEP (a.a.O.) halten nach der Diktion des Luzerner Obergerichts „*unverständlicherweise*“ an der einjährigen Verjährung nach Art. 67 OR fest, obwohl sie sich umgekehrt „zum vertraglichen Charakter des Rückleistungsanspruchs gemäss Art. 109 Abs. 1 OR bekennen“ (OGr. LU, LGVE 1987 I, Nr. 14, S. 40). Das „Unverständliche“ wird vielleicht „verständlicher“, wenn man die Schwierigkeiten berücksichtigt, die sich aus dem Wortlaut des Art. 119 Abs. 2 OR ergeben, und für die das Obergericht auch keine Lösung anbietet. Soviel „pro domo“!

⁴⁶ Darauf wird vom Luzerner Obergericht (OGr. LU, LGVE 1987 I, Nr. 14, S. 39 f.) treffend hingewiesen.

⁴⁷ GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 1969.

⁴⁸ Beachte aber die Ausnahmeregel des Art. 119 Abs. 3 OR!

⁴⁹ BUCHER (OR AT, 2. Aufl., S. 423) setzt sich zumindest dafür ein, dass der Rückforderungsanspruch des Art. 119 Abs. 2 OR („wie alle in vertraglichem Zusammenhang begründeten Ansprüche“) der ordentlichen Verjährung (Art. 127 OR) unterliegen müsse.

⁵⁰ Vgl. BUCHER, OR AT, 2. Aufl., S. 422; GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl. Nr. 1967.

⁵¹ Das alte Obligationenrecht (Art. 145 Abs. 2 aOR) hatte den freigewordenen Schuldner noch zur Herausgabe der „*empfangenen Gegenleistung*“ verpflichtet, ohne auf die Bereicherungsregeln Bezug zu nehmen.

⁵² Anders z.B. BGE 63 II 258, zitiert und „übernommen“ in GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 1110.

⁵³ Vgl. ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I, Heidelberg 1984, S. 316: „Es entspräche nicht unserem Begriff der Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung im Synallagma, wollte man die Leistung als „causa“ der Gegenleistung ansehen“.

beseitigt wird⁵⁴. Dieser Umstand eröffnet, wenn man sich an den Wortlaut des Art. 119 Abs. 2 OR halten will, zumindest die Möglichkeit, das Bereicherungsrecht nicht unbesehen, sondern unter Weglassung unpassender Regeln (etwa des Art. 64 und des Art. 67 Abs. 1 OR⁵⁵) anzuwenden.

7. Kehren wir nun aber *zurück zu der vom Bundesgericht konkret entschiedenen Verjährungsfrage!* Dazu sind abschliessend zwei Punkte hervorzuheben:

- a. Das Bundesgericht unterstellt den Rückerstattungsanspruch des Art. 109 Abs. 1 OR der ordentlichen (zehnjährigen) *Verjährungsfrist* (Art. 127 OR). Das ist richtig, gilt aber nicht nur für den Anspruch des Zurücktretenden, sondern auch für den Rückerstattungsanspruch des Verzugsschuldners, der bereits eine Teilleistung erbracht hat. Die zehnjährige Verjährungsfrist ist für beide Ansprüche massgeblich, und zwar auch dann, wenn für die Leistung, die es zurückzuerstatten gilt, eine kürzere Verjährung (z.B. nach Art. 128 OR) gegolten hat⁵⁶. Zum letzteren allerdings enthält der besprochene Entscheid keine ausdrückliche Aussage.
- b. Auch was den *Verjährungsbeginn* betrifft, schweigt das Bundesgericht sich aus. Da der Rückerstattungsanspruch mit erfolgter Rücktrittserklärung fällig wird, scheint es zwar nahezuliegen, dass der Lauf der Verjährung durch die Erklärung des Rücktritts ausgelöst wird⁵⁷. Das entspricht der Regel des Art. 130 Abs. 1 OR, ist aber nicht „unproblematisch“, wenn (wie im besprochenen Entscheid) der Rückerstattungsanspruch des *Zurücktretenden* zur Debatte steht. Denn:

8. Für den Rückerstattungsanspruch des Zurücktretenden stellt sich die *Frage, ob nicht die Sonderregel des Art. 130 Abs. 2 OR eingreift*, wonach eine auf Kündigung gestellte Forderung schon mit dem Tag zu laufen beginnt, auf den die Kündigung zulässig ist⁵⁸. Bei sinngemässer Anwendung des in dieser Bestimmung enthaltenen Grundsatzes würde der Lauf der Verjährung einsetzen, sobald nach eingetretenem Verzug (Art. 102 OR) der Gläubiger in der Lage ist, seinen Rückerstattungsanspruch durch Rücktritt zu begründen und fällig zu machen. Der blosse Umstand, dass das Rücktrittsrecht des Art. 109 Abs. 1 OR auf Gesetz beruht und der Rücktritt zur Aufhebung des Vertrages führt, stände einer solchen Lösung jedenfalls nicht entgegen⁵⁹. Doch melden sich andere Bedenken:

Vorab (und vor allem) erscheint es als unangemessen, die Rückforderung des vertragstreuen Verzugsgläubigers früher verjähren zu lassen als jene des Verzugsschuldners, der durch sein vertragswidriges⁶⁰ Verhalten den Rücktrittsgrund gesetzt hat. Sodann vermag es kaum zu befriedigen, wenn die Verjährung für die Rückforderung des Geleisteten

⁵⁴ Vgl. demgegenüber KELLER/SCHÖBI I, 3. Aufl., S. 252.

⁵⁵ BGE 63 II 258, der noch für die Anwendung des Art. 67 eintritt, rechtfertigt den Unterschied zu Art. 109 Abs. 1 OR (unter anderem) mit dem Argument, dass der Rückforderungsanspruch dieser Bestimmung die Folge einer schuldhaften Vertragsverletzung sei. Das Argument bezieht sich von vorneherein nur auf den Anspruch des *Zurücktretenden*; und diesbezüglich beruht es auf der falschen Annahme, der Rücktritt setze einen *verschuldeten* Verzug voraus.

⁵⁶ Anders: GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 2149.

⁵⁷ Ebenso: GAUCH/SCHLUEP, 4. Aufl., Nr. 1827.

⁵⁸ Vgl. dazu SPIRO, a.a.O., S. 53 ff.

⁵⁹ Vgl. SPIRO, a.a.O., S. 53 f.; vgl. auch S. 61 ff.

⁶⁰ Nicht notwendigerweise „*schuldhaftes*“!

schon läuft, während der Gläubiger vielleicht immer noch versucht, die Gegenleistung, auf die er Anspruch hat, tatsächlich zu erhalten. Und schliesslich ergäben sich, wollte man auf Art. 130 Abs. 2 OR abstellen, erhebliche Schwierigkeiten bei der exakten Bestimmung des fristauslösenden Ereignisses. Würde (so fragt es sich) die Verjährung erst mit dem ergebnislosen Ablauf einer tatsächlich angesetzten Nachfrist (Art. 107 OR) zu laufen beginnen? Oder müsste man („hypothetisch“) darauf abstellen, wann eine angemessene Nachfrist abgelaufen wäre, falls der Gläubiger sie unmittelbar mit Verzugseintritt angesetzt hätte? Und wie verhielte es sich, wenn die Ansetzung einer Nachfrist gar nicht erforderlich wäre (Art. 108 OR)? Würde dann die Verjährung bereits mit Verzugseintritt in Gang gesetzt?

Auf diese Fragen einzutreten, erübrigt sich, falls es dabei bleibt, dass die Verjährung nicht läuft, bevor der Rücktritt erklärt und damit der Rückerstattungsanspruch des Zurücktretenden fällig ist (Art. 130 Abs. 1 OR).

Korr.: sf 5.7.2007